

Кваліфікація посередництва в хабарництві

Михайленко Д.Г.

аспірант кафедри кримінального права ОНЮА

Складним в теорії і судовій практиці є питання кваліфікації посередництва в хабарництві. КК України 2001р., на відміну від КК УРСР 1960р., не передбачає посередництво як самостійний склад злочину, що, звичайно, не виключає фактичного здійснення дій, які підпадають під це поняття, і необхідності їх кримінально-правової оцінки. За роки дії КК 1960р. в період незалежності України число зареєстрованих злочинів за цією статтею було невеликим – 856 [1]. Окрема стаття про даний склад злочину також відсутня і в КК РФ 1996р. В зв'язку з цим виникає необхідність виявити природу посередницької діяльності, встановити чим посередник відрізняється від хабародавця і хабароодержувача та чи є відмінності між посередництвом та співучастю в хабарництві. Видається, що лише після вирішення даних питань можна подолати проблеми при кваліфікації даного діяння.

Поняття посередництва в хабарництві, регламентація кримінальної відповідальності за нього неодноразово змінювалися, що підтверджує проблематичність кримінально-правового розуміння даної діяльності. Вперше безпосередня вказівка на фігуру посередника з'явилася в Декреті РНК «Про боротьбу з хабарництвом» від 16 серпня 1921 року, де вказувалося, що хабар міг бути одержаний не лише особисто, а й через посередника [2, с.29]. В подальшому на одержання хабара через посередника звертається увага в Кримінальних кодексах УРСР 20-х років. А КК УРСР 1960 року закріплював відповідальність за посередництво в хабарництві вже в окремій статті (ст. 169 – «Посередництво в хабарництві»), при цьому, визначення змісту даної діяльності давалося в постановах Пленуму Верховного Суду СРСР «Про судову практику у справах про хабарництво» (№9 від 31.07.62р., №6 від 30.07.70р.,

№16 від 23.09.77р. і №3 від 30.03.1990р.). Характерним було те, що з часом підхід Пленуму до вирішення цього питання змінювався. Так, в постанові від 31 липня 1962 року вказувалося, що посередником є той, хто, діючи по проханню чи по дорученню хабародавця чи хабароодержувача, сприяє досягненню чи здійсненню домовленості про давання-одержання хабара. Таким чином, допускалося як інтелектуальне, так і фізичне посередництво. В постанові ж від 23 вересня 1977 року посередник був визначений вже як особа, яка, діючи по дорученню хабародавця чи хабароодержувача, лише безпосередньо передає хабар. Дане визначення вже не охоплювало різноманітних видів інтелектуального посередництва і перетворювало посередника в фізичного виконавця угоди про давання-одержання хабара. Вказане розуміння посередництва в хабарництві збереглося як в постанові від 30 березня 1990 року, так і в постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» №12 від 7 жовтня 1994 року. Вважалося, що інтелектуальне посередництво повністю охоплювалося ознаками пособництва, а фізичне – ні. Модельний Кримінальний кодекс для держав-учасниць СНД [3] рекомендує передбачити норму про відповідальність за посередництво в хабарництві (ст. 307), що полягає як в інтелектуальному, так і у фізичному посередництві.

Розуміння посередництва в хабарництві, що засноване на виділенні, правовому розмежуванні інтелектуального і фізичного посередництва та наданні цим його видам різного кримінально-правового значення, створювало складнощі при кваліфікації цього діяння. Зокрема, проблемним питанням було розмежування співучасті та посередництва в хабарництві. Постанова від 7 жовтня 1994 року роз'яснювала, що як посередництво потрібно кваліфікувати дії особи, яка лише безпосередньо передає хабар, але якщо вона виконувала поряд з цим і іншу роль (ролі), які підпадають під ознаки співучасті, то діяння оцінювалося в цілому як співучасть, а посередницька діяльність до уваги не бралася. При цьому інколи вказується, що посередник у хабарництві, який організував дачу-одержання хабара чи який підбурює до цього, втрачає кримінально-правове значення посередника і є організатором

таких діянь чи підбурювачем до їх скоєння [4, с.137]. Таку ж позицію займає Верховний Суд Білорусії [5]. Проте наведений підхід є сумнівним, адже відповідно до принципу повноти кваліфікації в «формулі кваліфікації» повинні знаходити своє відображення всі ознаки вчиненого [6, с.124-125]. Проблемність оцінки посередницької діяльності в хабарництві привела до виключення (але не декриміналізації) окремої статті про даний склад злочину з Закону.

Посередництво в хабарництві, при відсутності окремої норми, кваліфікується відповідно до рекомендацій Пленуму Верховного Суду України (п.11 постанови «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 року) як співучасть у даванні чи одержанні хабара. При цьому питання про кваліфікацію дій співучасника потрібно вирішувати з урахуванням спрямованості його умислу, виходячи з того в чийх інтересах, на чий стороні і за чією ініціативою він діяв. На жаль дане роз'яснення не вирішує всіх проблем, більш того в постанові прямо на посередництво не вказано, дане поняття там розкривається через термін «сприяння», тому важливе теоретичне вирішення даного питання.

Існує точка зору (Бажанов М.І. [7, с.16], Анікін А. [8, с.33]), за якою дії посередника, що передає хабар, слід кваліфікувати як давання хабара (ст.369 КК). Основним аргументом такої позиції є те, що такий посередник продовжує виконувати об'єктивну сторону злочину, частину якої вже виконав «головний виконавець» давання хабара (передавши гроші вказаному посереднику).

Вказана точка зору є сумнівною, ототожнювати посередника, що передає хабар, і хабародавця не можна. Посередник представляє чужі інтереси та виступає не від свого імені [9, с.237]. Рішення про дачу хабара приймається хабародавцем; посередник лише здійснює його волю [7, с.17]. На відміну від хабародавця – особи, як правило зацікавленої у відповідних діях хабароодержувача, – посередник, що передає хабар за його дорученням, не отримує внаслідок передачі цієї матеріальної винагороди «вигоди», що полягає в скоєнні чи

не скоєнні службовою особою яких-небудь дій з використанням свого службового становища, тобто є нейтральною фігурою. Крім того, у посередника відсутня головна ознака хабародавця – можливість розпоряджатися предметом хабара як своїм власним. Посередник не розпоряджається предметом хабара, а реалізовує вольовий акт хабародавця по розпорядженню хабаром.

У випадку ж давання хабара в інтересах третьої особи (як це передбачено в ч.1 ст.368 КК) взагалі відсутній посередник, оскільки третя особа не несе кримінальної відповідальності, хоча й зацікавлена в діях хабароодержувача. Крім того, матеріальні цінності, що передаються (предмет хабара), належать не третій особі, а тому звичайно вона не може розпоряджатися ними шляхом вручення їх посереднику для подальшої передачі хабароодержувачу. Також необхідно відмітити, що третя особа може і не знати про саму подію давання-одержання хабара. КК РФ 1996р. однозначно вирішує проблему розмежування хабародавця та посередника. Закон вказує: «дача хабара... через посередника» (ч.1 ст.291 КК РФ). Це означає, що хабар дає все-таки не посередник, а хабародавець.

Посередник може виступати також і з сторони хабароодержувача. В даній ролі часто виступають не приватні, а службові особи. Тому важливим є визначення ознак, які відрізняють посередника – довірену особу хабароодержувача, якому хабародавець передає матеріальні цінності – від самого хабароодержувача. Такий посередник, навіть будучи службовою особою, отримує предмет хабара не для себе, а для передачі його своєму довірителю, який зобов'язується здійснити визначені дії в інтересах хабародавця. Сам же посередник при цьому не виконує ніяких дій з використанням свого службового становища, інакше він перетворюється на хабароодержувача. Зустрічаються випадки, коли посередник з ціллю приховання істинного хабароодержувача видає себе за нього. Хоча при цьому хабародавець не розуміє, що вступає у відносини лише з представником хабароодержувача, останній все ж є посередником, а не одержувачем хабара.

Таким чином, посередник фактично сприяє у здійсненні злочину хабародавцем та хабароодержувачем, тобто виступає співучасником. По змісту та характеру дій, фактично скоєних при посередництві в хабарництві, посередник не може бути віднесений до виконавця (співвиконавця) давання чи одержання хабара, організатора цих діянь чи підбурювача до них і повинен представляти собою пособника. Саме так розкривається зміст посередництва в хабарництві в юридичній літературі [10, с.152; 11, с.143; 12, с.51], де вказується, що дії посередника фактично полягають в пособництві хабародавцю чи хабароодержувачу в скоєнні кримінально-карного діяння. На аналогічній позиції стоїть судова практика. Між тим, співвідношення ознак посередництва в хабарництві з одного боку, і пособництва з іншого, не дає підстав для такого категоричного судження. Аналізуючи визначення пособника, закріплене в ч.5 ст.27 КК України, та беручи до уваги диференціацію посередництва в хабарництві на інтелектуальне та фізичне, дійдемо висновку, що під ознаки пособництва підпадає в даному випадку лише інтелектуальне посередництво у хабарництві, тобто таке, що проявляється в порадах чи вказівках. Подібне посередництво слід кваліфікувати за ч.5 ст.27 і ст.368 чи ст.369 КК України. Єдиною ознакою, за якою відповідно до ч.5 ст.27 КК фізичного посередника в хабарництві можна визнати пособником злочину, є сприяння злочину усуненням перешкод [13, с.36]. Проте посередник далеко не завжди залучається до акту давання-одержання хабара з метою усунути перешкоду в одержанні хабара: по-перше, такої перешкоди для хабарника взагалі може не бути; по-друге, мета залучення посередника до зазначеного акту може бути зовсім іншою [7, с.16]. Крім того необхідно погодитися з тим, що саме усунення перешкод припускає таку зміну оточуючого середовища, коли із нього вилучаються ті чи інші елементи, які заважають виконавцю виконати свій намір [14, с.130], що не завжди можна констатувати щодо посередництва в хабарництві. Такого роду дії в деяких випадках можна розцінювати як сприяння приховуванню злочину (а якщо точніше, то приховуванню злочинця, що теж викликає проблеми при кваліфікації), але знову ж – не завжди. Тому фізичне посередництво може не

підпадати ні під одну з ознак, що характеризують пособництво і теоретично не бути злочином за КК України. В зв'язку з цим деякі науковці правильно вказують, що в даному випадку має місце типова прогалина в законі [15, с.118]. Так, діяння інспектора державного пожежного нагляду, які виразилися в тому, що він протягом 2001-2004 років за вказівками свого начальника неодноразово отримував від приватних підприємців хабарі та передавав їх останньому за здійснення тих чи інших його повноважень як начальника органу державного пожежного нагляду, не були визнані злочинними, а сам інспектор був залучений до справи лише в якості свідка [16].

Вказану прогалину в літературі пропонується усунути шляхом корекції Загальної частини КК. Деякі автори вказують, що посередництво в хабарництві не єдиний випадок посередництва в злочині. Так, по суті, в усіх випадках, коли злочин носить квазідоговірний характер, висока вірогідність появи фігури посередника. Тому законодавча прогалина носить системний характер. В зв'язку з цим, і враховуючи те, що посередник – учасник злочину особливого роду, діяльність якого в повній мірі не охоплюється розширеним тлумаченням поняття пособництва, автори пропонують розширити класифікацію видів співучасників за рахунок включення до неї нової фігури – посередника [17, с.51]. Про системний характер прогалини говорити можна, але шлях її вирішення видається хибним, оскільки посередника не можна вважати співучасником особливого роду, він *сприяє* вчиненню злочину і тому підпадає під загальне розуміння поняття пособника (хоча чіткої ознаки в Законі не вказано).

Так як посередник за своєю суттю є пособником, то логічним шляхом ліквідації даної прогалини є розширення поняття пособника [13, с.36]. Проте це потрібно робити таким чином, щоб воно повністю охоплювало діяльність посередника в злочині та не розмивало межі кримінально-карних діянь пособника, тому сумнівною є пропозиція, відповідно до якої поняття пособника необхідно доповнити вказівкою на сприяння злочину «іншим чином» [14, с.131] чи «іншим способом» [18, с.199].

Посередництво ж в хабарництві, як і сам даний злочин, має специфічні риси, які необхідно враховувати. Хабарництво – це особливий вид злочину, який складається з двох кримінально-карних діянь (давання хабара та його одержання), що нерозривно пов'язані між собою і мають різну суспільну небезпеку, так як санкції даних діянь значно відрізняються. Тому при нинішньому стані речей, коли посередництво в хабарництві в залежності від обставин справи кваліфікується як співучасть чи то на одній стороні (давання хабара – ст.369 КК) чи то на іншій (одержання хабара – ст.368 КК), важливо правильно визначити дану сторону, так як від цього залежить покарання, яке може бути призначене винному.

Досі йшлося про посередників, які виступають чи на стороні хабародавця, чи на стороні хабароодержувача (умовно таку діяльність можна позначити як посередництво з ознаками співучасті). Пленум Верховного Суду України вважає, що завжди можна конкретно визначити на чийй стороні діє посередник. Такий висновок впливає з п.11 його постанови від 26 квітня 2002 року, де зокрема вказано, що питання про кваліфікацію дій співучасника (в даному випадку – посередника) потрібно вирішувати, виходячи з того в чийх інтересах, на чийй стороні і за чиею ініціативою він діяв. Таку ж позицію підтримують деякі науковці. Зокрема вказується, що посередник завжди діє по дорученню хабародавця чи хабароодержувача, а не по своїй ініціативі [19, с.91]. На основі подібних міркувань робиться висновок, що необхідність виділяти посередництво у хабарництві в спеціальний склад відсутня [20, с.83]. Але практика свідчить, що можливі випадки, коли посередник не представляє ні хабароодержувача, ні хабародавця, є незалежним в своїх діях від сторін хабарництва і переслідує власний корисливий інтерес – збагатитися шляхом виконання комплексу посередницьких дій при передачі хабара [21, с.145]. Внаслідок цього буде не зрозуміло за якою статтею (368 чи 369 КК) слід кваліфікувати таку співучасть, адже фактично вказаний посередник братиме участь у здійсненні двох злочинів – як у даванні, так і у одержанні хабара, тобто при деяких умовах можливо вести мову про ідеальну сукупність злочинів. Такий підхід, звичайно, не відображає фактично вчиненого і є надуманою

конструкцією. Крім того, враховуючи природу та той зв'язок, який існує між такими діями як одержання і давання хабара, можна констатувати, що вказані делікти не можуть вчинюватися в ідеальній сукупності.

В науковій літературі відсутні конкретні деталізовані й достатньо аргументовані позиції щодо вирішення описаної проблеми. Але більшість вчених погоджуються з тим, що безумовним недоліком нинішнього підходу до кваліфікації дій посередника як співучасника є те, що вона не відображає фактичну участь посередника в скоєнні двох злочинів – одержанні та даванні хабара. Саме ця обставина на думку деяких авторів [22, с.26-27; 2, с.248] пояснює необхідність формування особливого складу злочину – посередництво в хабарництві. Дійсно, як уже вказувалося, посередництво по характеру вчиненого може не відповідати природі співучасті. Але якщо відновити спеціальну норму про кримінальну відповідальність за посередництво в хабарництві і передбачити в ній відповідальність за інтелектуальне і фізичне посередництво чи тільки за фізичне, то це означало б – об'єднати в одній статті поширені випадки співучасті в даванні чи одержанні хабара шляхом посередництва і посередництво, яке не охоплюється інститутом співучасті, як це мало місце в роки дії КК УРСР 1960 року. Така ситуація відновила б проблему розмежування співучасті і посередництва та створила б сумнівне виключення з правила кваліфікації дій співучасників, за яким вони підлягають кримінальній відповідальності за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК, яка передбачає злочин вчинений виконавцем (ч.2 ст.29 КК), так як їх діяльність кваліфікувалася б за окремою спеціальною нормою про посередництво.

Беручи до уваги наведене, вважаємо за необхідне виділяти специфічний вид посередництва в хабарництві – *посередництво в хабарництві без ознак співучасті (позастороннє посередництво)*, при якому посередник не займає ні одну з сторін, не тяжіє ні до однієї з них, а знаходиться на власній незалежній позиції, при цьому його діяльність спрямована на здійснення складу хабарництва в цілому, тобто як давання, так і одержання хабара. Наприклад, в відносинах з хабародавцем посередник видає себе за представника

хабароодержувача, а відносінах з хабароодержувачем виступає як довірена особа хабародавця тощо. Розуміння посередника як рівновіддаленої від кожної сторони ланки в більшій мірі відповідає самому тлумаченню даного поняття. Так, посередник визначається як той, що виступає проміжною ланкою у взаємодії між ким-небудь [23] чи третій, обраний сторонами для домовленості; а займатися посередництвом означає бути зв'язуючою ланкою, клопотати між двома сторонами [24, с.341].

Від позастороннього посередництва необхідно відрізнити діяльність посередника, який рівною мірою діє в інтересах, на стороні чи за ініціативою як хабародавця, так і хабароодержувача. Описану ситуацію необхідно розцінювати виключно як співучасть. При цьому варто погодитися з М.І. Мельником [25, с.186], що дії такого посередника необхідно кваліфікувати як реальну сукупність співучасті в одержанні хабара і співучасті в даванні хабара.

Запропоновану позицію пропонуємо використати для розв'язання проблем при кваліфікації посередництва в хабарництві. Для цього необхідно – 1) розширити, як вказувалося вище, поняття пособника і кваліфікувати посередництво з ознаками співучасті за ч.5 ст.27 КК і ст. 368 КК чи ст.369 КК (враховуючи сторону, на якій діяв посередник); та 2) встановити кримінальну відповідальність за позастороннє посередництво в хабарництві в окремій нормі, сформулювавши її диспозицію наступним чином: «посередництво в хабарництві без ознак співучасті в даванні чи одержанні хабара, карається...». Видається, що за таких обставин природа посередницької діяльності в хабарництві буде повністю відображатися при кваліфікації.

При позасторонньому посередництві в хабарництві можлива ситуація, коли такий посередник, який по типу своєї основної поведінки не є співучасником, виконує й інші дії, які підпадають під ознаки співучасті. Наприклад, перед тим як здійснити посередницьку функцію, злочинець схиляє одну із сторін (або обидві сторони) до вчинення злочину. В

даному випадку теж має місце реальна сукупність злочинів: співучасті у хабарництві та позастороннє посередництво.

Підсумовуючи вказане, можна зробити наступні висновки: 1) посередник в хабарництві (як інтелектуальний, так і фізичний) – це фігура особливого роду, яку необхідно відрізняти від хабародавця та хабароодержувача; 2) посередництво в хабарництві варто розділяти на посередництво в хабарництві з ознаками співучасті та посередництво в хабарництві без ознак співучасті (позастороннє посередництво); 3) посередництво з ознаками співучасті кваліфікується як пособництво, так як повністю відповідає його природі, а позастороннє посередництво не може бути оцінене з позицій діючого Кримінального закону, тому доцільно передбачити окрему норму про відповідальність за даний різновид злочинної діяльності.

Список використаних джерел:

1. Злочинність в Україні: стат. збірн. /Державний комітет статистики України – К.,2001.
2. Волженкин Б.В. Служебные преступления. – М.: Юристь, 2000.
3. Модельний Кримінальний кодекс для держав-учасниць СНД: Постанова Міжпарламентської Асамблеї держав-учасниць СНД 17.02.1996 року.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iacis.ru/html/?id=22&pag=30&nid=1>.
4. Грудзур О. Посередництво в хабарництві: кримінально-правовий аспект // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – №2.
5. О судебной практике по делам о взяточничестве / по материалам обзора судебной практики Верховного Суда Республики Беларусь за 2003 год.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.supcourt.by/cgi-bin/index.cgi?vm=d&vr=obzor&vd=11&at=0&m1=2#top>.
6. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006.

7. Шиманський Ф.В. Хабарництво: кримінально-правовий аналіз одержання, давання і провокації хабара.-Од.: Фенікс, 2004.
8. Аникин А. Ответственность за взяточничество по новому УК // Законность. – 1997. – №6.
9. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К.: Наукова думка. – 1978.
10. Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация. – М.: Юридическая литература, 1975.
11. Кучерявый Н.П. Ответственность за взяточничество. – М., 1957.
12. Трайнин А. Должностные и хозяйственные преступления. – М., 1938.
13. Краснопеева Е. Квалификация посредничества и соучастия во взяточничестве // Законность. – 2002. – №2.
14. Клименко В. Посередництво як форма співучасті у вчиненні злочину (питання криміналізації) // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – №10.
15. Хавронюк М. Кримінальна відповідальність за хабарництво: європейський досвід // Право України. – 2005. – №6.
16. Вирок Великобагачанського районного суду Полтавської області від 06 лютого 2007 року по справі № 1 -1/07р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
17. Артеменко Н.В., Минькова А.М. Проблемы уголовно-правовой оценки деятельности посредника, провокатора и инициатора преступления в уголовном праве РФ // Журнал российского права. – 2004. – №11.
18. Качмазов О.Х., Цориева Е.С. Некоторые особенности соучастия во взяточничестве // Бюллетень Владикавказского института управления. – 2006. – №18.
19. Квициниа А.К. Взятничество и борьба с ним. – Сухуми: «Алашара», 1980.
20. Кириченко В.Ф. Виды должностных преступлений по советскому уголовному праву. – М., 1959.
21. Яни П.С. Экономические и служебные преступления. – М., 1997.
22. Васюков В. Понятие посредника и заказчика // Законность. – 2006. – №12.

23. Великий тлумачний словник сучасної української мови: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.slovnyk.net>.
24. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. Т.3. – М.,1994.
25. Мельник М.І.Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства. – К.: Парламентське видання, 2000.